

Ensayos de derecho privado n.º 5

Obligaciones de garantía en el derecho contemporáneo Análisis desde la tradición del derecho civil

Martha Lucía Neme Villarreal

**Obligaciones de
garantía en el derecho
contemporáneo**

**Análisis desde la tradición
del derecho civil**

Universidad Externado de Colombia

Neme Villarreal, Martha Lucía

Obligaciones de garantía en el derecho contemporáneo : análisis desde la tradición del derecho civil / Martha Lucía Neme Villarreal. – Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2018.

58 páginas ; 21 cm. (Ensayos de Derecho Privado ; 5)

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587900224

1. Responsabilidad contractual 2. Obligaciones (Derecho) 3. Responsabilidad civil 4. Deudor y acreedor I. Universidad Externado de Colombia II. Título III. Serie

346.5

SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. MVT.
Noviembre de 2018

ISBN 978-958-790-022-4

© 2018, MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL
© 2018, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 02 88
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: noviembre de 2018

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: Pablo Daza
Composición: David Alba
Impresión y encuadernación: DGP Editores S.A.S.
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de la autora.

*A mis alumnos de Derecho Romano,
cuyas agudas inquietudes me permitieron profundizar
en las aplicaciones y límites de la categoría praestare.*

CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	13
INTRODUCCIÓN	15
1. LA CATEGORÍA <i>PRAESTARE</i> EN EL DERECHO ROMANO ADQUIRIÓ EL VALOR ESPECÍFICO DE UN TIPO DE GARANTÍA DIFERENTE DEL <i>DARE</i> Y DEL <i>FACERE</i>	16
1.1. Originalmente el concepto de <i>praestare</i> significó responsabilidad por incumplimiento de la prestación debida	17
1.2. La categoría <i>praestare</i> adquiere un significado autónomo, diverso del <i>dare</i> y del <i>facere</i> , que se centra en la garantía de un resultado	20
1.3. Las fuentes romanas atestiguan el carácter autónomo y técnico de la concepción de <i>praestare</i> como prestación de garantía por fuera del ámbito de control del deudor	24
2. EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO EL CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN REDUCIDA A LA DIVISIÓN EN “DE MEDIOS” Y “DE RESULTADO” IMPOSIBILITA COMPRENDER CABALMENTE EL ALCANCE DE LA PRESTACIÓN	27
2.1. El surgimiento de la clasificación de las obligaciones en “de medios” y “de resultado” parece tener un origen meramente local como solución doctrinal a una aparente contradicción entre disposiciones del Código Civil francés y no ser producto de una reflexión sistemática	27

2.2.	La clasificación de las obligaciones en “de medios” y “de resultados” ha sido objeto de duras críticas	28
2.3	La clasificación de las obligaciones en “de medios” y “de resultado” resulta ser reductiva, no refleja la compleja realidad de las prestaciones objeto del vínculo obligacional, plena de matices y de riqueza en su contenido	30
2.4	La clasificación de obligaciones “de medio” y “de resultado” se ha revelado oscura e insuficiente hasta el punto de que ha sido necesaria la inclusión de nuevos subcriterios que terminan por desdibujar su pretendida solidez	32
3.	LA TRADICIÓN ROMANISTA EN LO QUE ATAÑE AL CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN ES MÁS RICA EN MATICES	35
3.1.	La lógica reductiva de clasificación de las obligaciones en el binomio “medios y resultado” conduce a una desnaturalización de la complejidad de la relación obligatoria que exige ser valorada contemporáneamente desde la perspectiva del débito y de la responsabilidad, sin que sea viable, como lo hace la aludida clasificación, representarse la relación obligatoria solo como responsabilidad o solo como débito	35
3.2.	La tradición romanista ha forjado unas categorías en materia del contenido de la prestación que son más ricas en matices, sobre los comportamientos debidos por el deudor, en cuanto incorpora lo que la doctrina contemporánea denomina “prestaciones de medios y de resultado”, pero de manera más compleja	38

3.2.1. Las prestaciones de <i>dare</i>	39
3.2.2 Las prestaciones de <i>facere</i>	41
3.2.3. Las prestaciones de <i>praestare</i>	45

BIBLIOGRAFÍA	55
--------------	----

AGRADECIMIENTOS

Mi gratitud y afecto para mis colegas y amigos del Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (GADAL), al calor de cuyas discusiones se gestó este escrito.

INTRODUCCIÓN

El problema del cumplimiento de las obligaciones se halla estrechamente ligado al contenido de las prestaciones a las que nos encontramos obligados. No obstante, el examen del alcance de las obligaciones que comportan los diversos tipos de prestación es un asunto en el que comúnmente no se profundiza, se omite diferenciar exhaustivamente las prestaciones de dar, de hacer y no hacer respecto de las de garantizar. Particularmente este último tipo de prestación, que en general no quedó expresamente recogido en las codificaciones del siglo XIX, presenta dificultades en su comprensión y contenido, lo cual se agrava dado el tradicional entendimiento de la prestación como un deber de conducta, lo cual resulta del todo ajeno a las prestaciones de garantía.

Por otra parte, en el derecho contemporáneo, las prestaciones de garantía, llamadas también de seguridad o de indemnidad, han cobrado una gran relevancia en materia de cubrimiento de riesgos y en la tutela más adecuada del interés del acreedor, así como en su plena satisfacción en los eventos en los que estos no consisten en una utilidad específica ni en un resultado tangible, sino en una obligación de otorgar seguridad, tranquilidad delante de ciertos riesgos, por el hecho de estar cubiertas en todo o parte sus consecuencias nocivas.

La aparente pérdida de la tradición romanista en esta materia ha contribuido al desconocimiento y ambigüedad en la determinación de los alcances de las prestaciones

de garantía, de ahí que el retomar el origen romano de la categoría, en cuanto esta se encuentra ligada a sus raíces romanas, contribuirá a comprender de una manera más proficua la complejidad de esta, sus límites y su relación con el cumplimiento de las obligaciones en las que el *praestare* (garantía) constituya el objeto de la prestación. En efecto, en el derecho romano, esta categoría adquirió el valor de un tipo autónomo de prestación, diferente del *dare* y del *facere*, como expresión de superación del concepto tradicional de responsabilidad por incumplimiento, designando una forma de garantizar el resultado sin entrar a valorar el comportamiento del deudor.

Finalmente, la actual división de las prestaciones en “de medios” y “de resultado”, como categorías omnicomprendivas, ha limitado la riqueza y comprensión del concepto propugnado por los romanos. Por lo que este libro pretende contribuir en la recuperación de la utilidad del *praestare* y en develar su influencia en el derecho contemporáneo.

1. LA CATEGORÍA *PRAESTARE* EN EL DERECHO ROMANO ADQUIRIÓ EL VALOR ESPECÍFICO DE UN TIPO DE GARANTÍA DIFERENTE DEL *DARE* Y DEL *FACERE*

El establecimiento de la responsabilidad por incumplimiento de la prestación debida en el derecho romano exige determinar el tipo de obligación, atendiendo a la fuente del vínculo, el tipo de prestación, la finalidad de esta (un resultado o una actividad), el logro de la ventaja esperada, así como el modelo de tutela del acreedor y, en particular, de las posibilidades que otorgaba el proceso con el que se podían ejecutar¹.

1 De Falco, I. *Diligentiam praestare. Ricerche sull'emersione del inadempimento culposo delle obligationes* (Napoli: Jovene, 1991), 15.

En este escenario, el contenido de la obligación desempeña un papel determinante y resulta particularmente importante el establecer el alcance de las prestaciones en las que se expresa dicho contenido, en cuanto estas, a su vez, determinan la responsabilidad del obligado.

Si bien con algunas adecuaciones respecto del originario significado, la aplicación de las prestaciones de *dare*, *facere*, *non facere*, en el derecho contemporáneo, resulta más o menos unívoca; no puede decirse lo mismo respecto de la prestación de *praestare*, en relación con la cual ha existido controversia sobre su real significado² y sobre su coincidencia con las obligaciones de garantía y seguridad.

1.1. Originalmente el concepto de *praestare* significó responsabilidad por incumplimiento de la prestación debida

La categoría *praestare* desempeña un papel central en la reconstrucción del problema de la responsabilidad contractual en el derecho romano, como se desprende del hecho de que aparezca en las fuentes frecuentemente ligadas a *actione teneri*, fórmula que expresaba la idea romana de responsabilidad, en cuanto evoca la sujeción a la acción³, pues en la base de los diversos significados del *praestare*, se encuentra siempre aquel originario (*praes* y *stare*) de asunción de una garantía con la consecuente responsabilidad⁴. Ahora bien, como lo señala expresamente Cannata es el concepto de

2 Un estudio acucioso sobre las diversas interpretaciones del concepto de “*praestare*” en el derecho moderno y contemporáneo, cfr. Cardilli, R. *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (Milano: Giuffrè, 1995).

3 Cardilli, R. *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (Milano: Giuffrè, 1995), 1-5.

4 Pugliese, G. *Istituzioni di diritto romano* (Padova: Piccin, 1986), 563.

“prestación” alrededor del cual es posible construir una visión coherente y unitaria de toda la problemática de la responsabilidad del deudor⁵.

El primitivo significado de *praestare*, según sostiene la doctrina romanista, se remonta al origen mismo de la *obligatio*, de la cual parece erigirse en fundamento, en cuanto expresión de garantía de su cumplimiento; así, el *praestare* estuvo ligado a la garantía propia de la *sponsio*, y pudo ser empleado para designar la prestación en general, esto es, para evidenciar el contenido de garantía peculiar de la *obligatio*⁶.

Más precisamente, en el curso de la jurisprudencia del siglo II a. C., se identifican dos filones en el significado de *praestare*: i) *praestare* como garantía procesal, en cuanto asunción del carácter de garante en el proceso, coherente con la función originaria del *praes*⁷ y ii) el *praestare* como garantía por la falta de cumplimiento de la obligación pactada, sea esta civil o pretoria. En este segundo evento, en el que el *praestare* incide sobre el contenido de la obligación misma, se observan, a su vez, dos vertientes: aquella en la que la garantía solo opera ante el incumplimiento culposo o doloso del deudor⁸ y en la que, por ende, el *praestare* asume, en sentido lato, la condición de responsabilidad general por incumplimiento⁹ y, una segunda, en la que para nada interesa la conducta del deudor y, el *praestare*, asume el significado de garantía objetiva de indemnizar la frustración de

5 Cannata, C. A. *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, *Materiali per un corso di diritto romano* (Catania: Libreria Editrice Torre Catania, 1996), 123.

6 Pastori, F. Voz: *dare, facere, praestare*. *Diritto romano. Novissimo Digesto italiano*, 3 (Torino: Utet, 1960), 158.

7 Cardilli, R. *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (Milano: Giuffrè, 1995), 509.

8 D. 13.6.5-6.9.11.

9 En el sentido de evidenciar el vínculo que une al deudor con el acreedor en razón del estado de sujeción que indica que el primero soportará las consecuencias del incumplimiento, cfr. Cardilli, R. *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (Milano: Giuffrè, 1995), 6-7.

la prestación esperada por el acreedor, con independencia del comportamiento del deudor¹⁰.

En efecto, en la reconstrucción histórica que realiza Cannata sobre el significado de la categoría *praestare*, encuentra que el más vago y técnico significado del *praestare* corresponde a aquel de “poner a disposición, procurar, suministrar, acordar”¹¹; *praestare* puede significar “la ejecución de hecho de prestaciones a favor de alguien”¹², por lo general, el *praestare* alude a prestaciones debidas bien sea en las que no se precise el modo de ejecución¹³, o no precisamente individualizadas como de *dare* o *facere*¹⁴, o bien de prestaciones de *dare* y *facere* consideradas acumulativamente¹⁵, o a la realización de una prestación en general¹⁶, o a aquellos casos en que no se mencione el objeto¹⁷, o que versen sobre objetos indicados en modo genérico¹⁸.

En otras oportunidades, agrega el autor, el verbo *praestare* asume el significado de “*rispondere*”, como lo atestiguan muchas fuentes¹⁹, pero agrega que si debemos establecer

10 Cardilli, R. *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (Milano: Giuffrè, 1995), 15-17, 187-188, 509.

11 Sobre este punto, cfr. Cannata, C. A. *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, *Materiali per un corso di diritto romano* (Catania: Libreria Editrice Torre Catania, 1996), 123, expone que deben ser constatados en los textos de Labeón D. 43.20.1.13; Pomponio D. 1.2.2.35; Gayo D.1.2.1; Juliano D. 24.2.6; Javoleno D. 47.2.91.1; Paulo y Juliano D. 2.4.19.

12 Cannata, C. A. *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, *Materiali per un corso di diritto romano* (Catania: Libreria Editrice Torre Catania, 1996), 124-126, el autor señala como ejemplo típico el de las cláusulas testamentarias que hacen referencia a prestaciones de hecho realizadas en vida del testador.

13 *Praestare legatum o fideicommissum*: D.3.8.4; Inst. Just. 2.2.5; D.4.6.41; D. 31.33.1; en general, D. 37.5.

14 D.24.3.64.5.

15 D.46.6.11; D. 6.1.17.1.

16 Gayo 4.1.31; D.4.5.8; D. 5.3.25.18.

17 D. 29.4.4; D. 15.3.20.

18 D. 21.2.66.2; D. 36.2.26.2; D. 3.3.42.2; D. 21.1.29.

19 D.6.1.57; D.19.2.9; D.9.2.52.3D.47.2.62.3; D.4.9.1.8; D. 50.1.17.15D. 18.1.78.3, sobre esto, cfr. Cannata, C. A. *Sul problema della responsabilità nel diritto privato*

el verdadero significado técnico de *praestare*, es necesario dejar de lado el uso genérico y partir de su significado autónomo, exclusivo, aquel cuyo significado no pueda ser sustituido por locuciones como *dare* o *facere* sin que con ello pierda todo o parte de su preciso sentido. Tal significado se individualiza en la idea de que aquel que se compromete a un *praestare* asegura al destinatario en torno a alguna cosa, asumiendo que realizará directamente la actividad o procurará el resultado en cuestión o bien que asumirá la responsabilidad en el caso en que no sea hecho, o no tenga lugar alguna cosa que debe suceder, o suceda aquella que no debe suceder.

De manera que el significado basilar del verbo *praestare*, en sentido técnico de realizar una prestación, no corresponde a la simple idea de realizar la actividad o el resultado material que concretan la satisfacción del deudor, sino que comprende también aquel de garantizar al acreedor con la propia responsabilidad en el sentido de que sucederá todo aquello que resulte necesario para lograr la satisfacción del acreedor, tal como se desprende de D.21.2.31^[20].

1.2 La categoría *praestare* adquiere un significado autónomo, diverso del *dare* y del *facere*, que se centra en la garantía de un resultado

Señala la doctrina que el originario significado de *praestare* resuena todavía en el derecho clásico, pero el término asume como resultado de la obra de la jurisprudencia más evolucionada:

romano, *Materiali per un corso di diritto romano* (Catania: Libreria Editrice Torre Catania, 1996), 127.

20 Cannata, C. A. *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, *Materiali per un corso di diritto romano* (Catania: Libreria Editrice Torre Catania, 1996), 130.

Un significado técnico, tal de cualificarlo en el régimen positivo como un tipo de prestación autónoma respecto al *dare* y al *facere*. Como explícitamente aparece en la *intentio* del *actio in personam*, la cual, según el testimonio de Gayo (Inst. Gayo 4.2) distingue el *praestare* del *dare* y del *facere*. Tal técnico significado de *praestare* puede verse en Ulpiano D. 21.2.31 a propósito del contenido atribuido por el jurista a la estipulación con la cual el vendedor de un esclavo aseguraba al comprador la calidad de la cosa asegurando que el esclavo fuese sano [...].²¹

Ahora bien, siendo la calidad del esclavo establecida en la estipulación como una situación de hecho objetiva, en el evento en que tal calidad faltase, en ningún caso el obligado habría podido cumplir; por lo que algunos pensaron que la estipulación era inútil. Ulpiano, no obstante, supera tal razonamiento “afirmando que la prestación no debe verse en la promesa de la cualidad objetiva del *servus*, sino en la obligación de resarcir el daño eventualmente sufrido por el acreedor por la falta de la misma”.

Agrega Pastori que del texto de Ulpiano se desprende que la prestación precedentemente era vista como un comportamiento del deudor dirigido a conseguir el resultado esperado por el acreedor, pero el pasaje evidencia el tránsito a la superación del originario significado de *praestare*, pues en esta nueva acepción el deudor es “garante” por el evento esperado del acreedor, independientemente de la concreta posibilidad de que tal evento entrara en la esfera de autonomía del deudor. En el derecho clásico, agrega, *praestare* tiene como contenido el resarcimiento del daño, lo que determina que el *praestare* se ponga al lado de las

21 Pastori, F. Voz: *dare, facere, praestare*. *Diritto romano. Novissimo Digesto italiano*, V (Torino: Utet, 1960), 158.

prestaciones de *dare* y *facere*. Inequívoca es a tal propósito la solución ulpiana contenida en D. 21.2.31^[22].

Cabe resaltar que en relación con la discusión en torno a la cual se debatía si el *praestare* poseía un significado simplemente genérico de sujeción a los efectos del incumplimiento, esto es, responsabilidad o, si por el contrario, poseía un significado específico como objeto de la obligación, es a Grosso a quien debe reconocérsele el hecho de haber puesto la cuestión en sus justos términos, en la medida en que acentúa la necesidad de darle un significado específico al *praestare* al lado del *dare* y del *facere*, en el sentido de “garantizar”, permitiendo con ello que el verbo mantenga, a su vez, su razón de ser respecto al *dare*, al *facere* y al *non facere* y, además, el significado resarcitorio como consecuencia de su incumplimiento²³.

En efecto, señala Grosso que la prestación de *praestare* posee indudablemente una propia autonomía como se desprende de las fuentes: “Gayo habla de *dare, facere, praestare* en la definición de *actio in personam* y que en este sentido los tres verbos representan el modo distinto en el que se designa el objeto del *oportere dentro de la intentio* de las varias acciones”²⁴ y, además,

[...] el *praestare* se encuentra también incluido en la determinación contenida en la definición de obligación que encontramos en el D. 44.7.3 pr., lo cual revelaría que dicho término sirve también para indicar una prestación que no se haya contenida ni en el *dare*, ni en el *facere*; y lo mismo cabe observar en torno al *dare, facere, praestare* del edicto, recogido en D. 38.1.37 pr. [...]

22 Pastori, F. Voz: *dare, facere, praestare*. *Diritto romano. Novissimo Digesto italiano*, V (Torino: Utet, 1960), 158.

23 En estos términos lo sostiene, cfr. Cardilli, R. *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (Milano: Giuffrè, 1995), 15.

24 Grosso, G. *Las obligaciones contenido y requisitos de la prestación* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1981), 58.

—se trata— de obligaciones que difícilmente podrían entrar dentro de los esquemas del *dare* y del *facere*.²⁵

Y, refiriéndose específicamente al texto de Ulpiano D. 21.2.31, señala Grosso que la obligación de *praestare* evidencia de manera significativa el proceso en virtud del cual la naturaleza de la obligación hace tránsito en cuanto “deja de ser entendida como deber de conducta para convertirse primordialmente en un vínculo de responsabilidad”²⁶.

Ciertamente, como se ha expresado, el *praestare* garantiza circunstancias extrañas a la esfera de autonomía de quien se obliga, pues el obligado se erige en garante de la aserción mediante la cual se obliga, sin que pueda considerarse al efecto del cumplimiento su comportamiento subjetivo dirigido a hacer posible la prestación prometida²⁷.

Ahora bien, la aplicación del *praestare* no se reduce al ámbito contractual, como bien lo señala Paulo en diversos pasajes: así, por ejemplo, en tema de *lex aquilia* (D. 9.2.31); en tema del *edicto de effusis vel deiectis* (*culpam praestare debere* D. 9.3.6.2); en tema *actio finium regundorum* (*culpa et dolus praestare* D. 10.1.4.2); en tema de *actio familiae erciscundae* (*dolo et culpam praestare debere* D. 10.2.25.16)²⁸.

La extensión del *praestare* fue siempre un asunto debatido en el derecho romano: la escuela proculeyana abogaba por un entendimiento del *praestare* que pudiera extenderse algunas veces incluso al caso fortuito, mientras que la escuela sabiniana

25 Grosso, G. *Las obligaciones contenido y requisitos de la prestación* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1981), 59.

26 Grosso, G. *Las obligaciones contenido y requisitos de la prestación* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1981), 60.

27 Pastori, F. Voz: *dare, facere, praestare*. *Diritto romano*. *Novissimo Digesto italiano* (Torino: Utet, 1960), 159.

28 En lo relativo a lo expuesto, cfr. Cannata, C. A. *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano, Materiali per un corso di diritto romano* (Catania: Libreria Editrice Torre Catania, 1996), 127.

sostenía que sea que, se tratase de negocios tutelados *ex fide bona* o a través de la *iuridictio* del pretor, el *praestare* encontraba su límite en la fuerza mayor. Ya para el siglo II d. C., Celso y Juliano conocieron un *praestare* que solo versaba sobre el dolo, la culpa, la diligencia y sobre la custodia y que estuvo limitado, en todo caso, por el caso fortuito y por la fuerza mayor. A juicio de Cardilli, la formulación proculeyana liderada por Labeón y compartida en general por Servio y por Próculo, aun con algunas diferencias, expresaba una concepción mucho más articulada del problema.

1.3. Las fuentes romanas atestiguan el carácter autónomo y técnico de la concepción de *praestare* como prestación de garantía por fuera del ámbito de control del deudor

A título de ejemplo, y además de las fuentes antes citadas, pueden consultarse, en este sentido, el citado texto de Ulpiano D. 21.2.31, en el que se otorga al *praestare* el sentido de una garantía sobre condiciones objetivas de la cosa vendida, que impone un *stare praes* con independencia del comportamiento del promitente, y, así, la promesa de ciertas calidades del esclavo, de por sí inexistentes, no es superflua o inútil por caer dentro de la hipótesis de la imposibilidad, porque si bien el comportamiento del promitente no puede de hecho modificar en nada el modo de ser de la cosa a fin de adecuarlo a la situación prometida, lo que resulta relevante, en cuanto objeto de estipulación, es justamente la garantía de que tales condiciones de la cosa existan o no²⁹.

Frente a la extensión del *praestare* resulta de particular interés el criterio propuesto por Labeón en D. 18.1.78.3,

29 Cardilli, R. *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (Milano: Giuffrè, 1995), 133-140.

pasaje en el que se relata el caso de la compra de una cosecha, negocio en el que normalmente el comprador asume el peligro de la diferencia entre la cosecha efectivamente obtenida y el precio pactado; en este caso, se convino expresamente una garantía en relación con las consecuencias de la *vis* y de la *tempestas*, mediante un *vim aut tempestatem praestare*.

La cosecha sufrió daño como consecuencia de la nieve, el jurista se pregunta si el comprador está cubierto por cualquier daño causado por la nieve o solo si estas resultan excesivas o inmoderadas y contra la costumbre, a lo cual Labeón responde que el vendedor no se ha comprometido a responder por cualquier daño, sino por aquel derivado de la *vis*; de manera que quedan a cargo del comprador todos aquellos acaecimientos externos al control del vendedor que no constituyan una fuerza mayor, esto es, aquellos eventos naturales que no vayan contra la costumbre, con lo cual se pone de presente una delimitación del vínculo del *praestare* que, como prestación autónoma de garantía por hechos ajenos al control del deudor, puede, no obstante, concurrir con otros criterios como, en este caso, con el del *periculum emptoris*³⁰.

Estos razonamientos de Labeón están guiados por la *fides bona*, la cual exige considerar en relación con el negocio: “La función típica, las condiciones y la modalidad del vínculo que liga a las partes, en otras palabras, el contenido específico del contrato o de la modalidad del particular acuerdo que no encuadra en una figura negocial típica”³¹.

La contribución de Próculo en relación con el alcance del *praestare* contenida en D. 3.5.10, que examina un caso de responsabilidad del gestor de negocios en el que el jurista

30 Cardilli, R. *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (Milano: Giuffrè, 1995), 331-333.

31 Cardilli, R. *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (Milano: Giuffrè, 1995), 397.

extiende el *praestare* del gestor incluso al *casus*, en un evento donde, dada la naturaleza oficiosa del vínculo, es de resaltar la ausencia de acuerdo con alguno sobre la extensión del *praestare*. Del texto puede extraerse que las razones de Próculo para dicha extensión de la responsabilidad del gestor derive del hecho de que las consecuencias dañosas para el *dominus* provengan justamente de la celebración de un negocio nuevo, que el ausente no solía realizar, de manera que los daños derivados del negocio debían ser sufridos por el gestor hasta la inclusión del *casus*, mientras que las ganancias, si las hubiere, irían al *dominus*³²; razones que podrían encontrar justificación en una gravosa exposición a un riesgo no acostumbrado³³.

En D. 19.2.9.2, Juliano reconoce la validez del pacto, con el cual el colono se obliga a *praestare* al arrendatario del fundo las consecuencias de la *vis maior*³⁴. En materia de *custodiam praestare* hasta Celso y Juliano, esta prestación significaba un reconocimiento de ser garante respecto a la eventualidad del hurto con independencia de la culpa del deudor. En Gayo, si bien se sigue una línea de continuidad, le resulta necesario realizar una diferencia didáctica entre el técnico *custodiam praestare* y la custodia del depósito que no puede ser tratada bajo las mismas premisas, como se desprende de Gayo Inst. III. 205-207^[35].

32 Cardilli, R. *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (Milano: Giuffrè, 1995), 397 y ss.

33 Cardilli, R. *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (Milano: Giuffrè, 1995), 398.

34 Cardilli, R. *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (Milano: Giuffrè, 1995), 399 y ss.

35 Cardilli, R., *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (Milano: Giuffrè, 1995), 486 y ss.

2. EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO EL CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN REDUCIDA A LA DIVISIÓN EN “DE MEDIOS” Y “DE RESULTADO” IMPOSIBILITA COMPRENDER CABALMENTE EL ALCANCE DE LA PRESTACIÓN

La tendencia a reducir la clasificación de las prestaciones en “de medios” y “de resultado” como clasificación absoluta aplanan la riqueza del contenido de la prestación propuesta por los juristas romanos y encubre el contenido de las prestaciones.

2.1. El surgimiento de la clasificación de las obligaciones en “de medios” y “de resultado” parece tener un origen meramente local como solución doctrinal a una aparente contradicción entre disposiciones del Código Civil francés y no ser producto de una reflexión sistemática

La división entre obligaciones “de medios” y “de resultados” fue elaborada a comienzos del siglo XX, por Demogue³⁶, para articular de manera coherente dos textos del *Code civil* aparentemente contradictorios: los artículos 1147 y 1137. En efecto,

El artículo 1147 del *Code civil* figura en una sección consagrada a la inejecución de las obligaciones en general; enuncia este artículo que el deudor de una obligación inejecutada, o mal ejecutada, o ejecutada con demora, es condenado, si hubiere lugar, al pago de daños y perjuicios “siempre que no justifique

36 Demogue, R. *Traité des obligations* (París: Rousseau & Cie, 1928), cuyas obras fueron especialmente seguidas y ampliadas por Mazeaud, H. *Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extracontractuelles, obligations déterminées et obligations générales de prudence et de diligence*. RTD, n.º 28 (1936): 1, y luego por Tunc, A. *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence*, JCP (1945): 449.

que la inejecución provino de una causa extraña que no le puede ser imputada, así no hubiere habido mala fe de su parte" [...]. Ahora bien, el artículo 1137, relativo a la obligación de conservar la cosa cuya propiedad debe ser transmitida, "[...] somete a quien la tiene a su cargo a emplear la diligencia propia de un buen padre de familia" [...]. Así, según el artículo 1147, es el deudor quien debe liberarse de responsabilidad probando la causa extraña, mientras que según el artículo 1137 es el acreedor quien debe establecer que la diligencia fue insuficiente. Se trata, pues, de dos tipos de obligaciones.³⁷

2.2. La clasificación de las obligaciones en “de medios” y “de resultados” ha sido objeto de duras críticas

La aceptación de esta clasificación no ha sido pacífica, por el contrario, ha sido criticada no solo desde la perspectiva de las razones que justificaron su surgimiento, sino desde una perspectiva sustancial que cuestiona seriamente la coherencia sistemática de esta.

Al respecto sostiene Ghazy que el razonamiento empleado para conciliar los textos en mención puede ser “derribado con facilidad” dado el diverso ámbito en que operaban las citadas disposiciones (una, en materia general de incumplimiento, otra, en el ámbito de la conservación de la cosa en las obligaciones de dar). La posibilidad de un planteamiento que radicara no en el acreedor, sino en el deudor la obligación de liberarse con la prueba de la realización de un comportamiento diligente, y el hecho de que aun suponiendo su validez, solo podría haber operado respecto de las obligaciones y los contratos innominados y no para todos los contratos nominados, además de que las

37 Ghazy, A. *Obligación de medios y obligación de resultado Una summa divisio discutida*, en ponencia realizada en las Jornadas H. Capitant de septiembre del 2013 (texto en publicación).

disposiciones especiales relativizarían tanto su contenido que harían la distinción prácticamente nugatoria³⁸.

La improcedencia de esta distinción ha sido sostenida también desde el plano sustancial, dado que

Sólo se puede imputar razonablemente a un deudor la responsabilidad de los objetos y hechos precisos sobre los cuales él ejerce un verdadero dominio. La obligación de resultado debería estar limitada a estas hipótesis únicamente [...] la de diligencia, es decir, de medios —a su vez depende de— la intensidad de aquello a lo cual se apliquen; tampoco pueden desdeñarse el papel activo o pasivo de la víctima, ni las incertidumbres que pesan sobre el entorno o el contexto social.³⁹

38 Cfr. Ghozy, A. *Obligación de medios y obligación de resultado Una summa divisio discutida*, en ponencia realizada en las *Jornadas H. Capitant* de septiembre del 2013 (texto en publicación): “la deducción no es evidente: se habría podido sostener, por el contrario, primero, que el artículo 1147, texto de alcance general, no se puede fusionar con el artículo 1137, texto especial, propio de la obligación de conservación dentro del marco de las obligaciones de dar, para extraer una regla de alcance general con dos ramas equivalentes; segundo, que la comprobación de la degradación de la cosa bastaba para hacer recaer sobre el deudor la prueba de que había empleado con la cosa debida toda la diligencia propia de un buen padre de familia, para lo cual tendría que administrar la prueba de la ausencia de toda culpa por parte suya, solución que habría sido conforme a lo que el Código contempla para el contrato de obra [...]. En segundo lugar, las prescripciones del artículo 1107 del *Code civil* ordenan limitar la aplicación de las reglas de la teoría general de las obligaciones, a saber el artículo 1137 y el artículo 1147, a los contratos innominados y a suplir los silencios de la reglamentación de los contratos nominados: por lo tanto, la distinción no puede tener un alcance general. El *Code civil* prescribe, en efecto, un régimen particular para la responsabilidad del deudor en materia de contrato de obra, de depósito y de comodato. En cada uno de estos contratos el deudor negligente se presume culpable, pero puede exonerarse de responsabilidad probando simplemente la ausencia de culpa, y no con la muy difícil prueba de los elementos constitutivos de la fuerza mayor. [...] Y, en tercer lugar, conviene mencionar otras consideraciones propias de las circunstancias en las cuales cada contrato es ejecutado, que obligan a relativizar la distinción a tal punto que ésta puede quedar destruida”.

39 Ghozy, A. *Obligación de medios y obligación de resultado Una summa divisio discutida*, en ponencia realizada en las *Jornadas H. Capitant* de septiembre del 2013 (texto en publicación).

2.3 La clasificación de las obligaciones en “de medios” y “de resultado” resulta ser reductiva, no refleja la compleja realidad de las prestaciones objeto del vínculo obligacional, plena de matices y de riqueza en su contenido

La distinción entre obligaciones “de medios” y “de resultado” es, hoy en día, fuertemente cuestionada por gran parte de la doctrina, no solo por el poder simplificador de esta⁴⁰, que borraría los numerosos matices e incertidumbres propios de la teoría general del acto jurídico⁴¹, no obstante que

40 La crítica al carácter absolutista de la división entre obligaciones de medios y de resultados puede verse a título de ejemplo en D. 1989.303 nota Ch. Larroumet. De Ph. Rémy, crítica más desarrollada en las observaciones dentro de Cass Civ1 10.1.1990, Bull n.º 6, RTD civ 1990, pp. 517 y ss, n.º 3 donde se lee: “[...] quién sabe si aún es tiempo de deshacerse de un hábito intelectual adquirido hace ya medio siglo y transmitido a todos los estudiantes de segundo año, que reciben esta bella *summa divisio* como un adepto del Tao recibe el yin y el yang. Pero nunca es tarde para reflexionar al respecto”.

41 Como lo reportó Koteich, M. *Obligaciones de medios y de resultado*. Ponencia en las *Jornadas H. Capitant* de septiembre del 2013 llevadas a cabo en Bogotá en la Universidad Externado de Colombia (texto en publicación), quien señala que en estos términos se expresan varios juristas franceses, entre otros, Geneviève Viney en, cfr. Viney G., y Jourdain, P. *Les conditions de la responsabilité* (París: L.g.d.j, 2013), quien sostiene que la aludida división parte de una visión sumaria y reductiva, pues “existen obligaciones de contenido infinitamente variado” y agrega que Le Tourneau (cfr. Le Tourneau, P. *Droit de la responsabilité et des contrats*, (París: Dalloz, 2006-2007), 3213-3236) “adicionalmente se pregunta si ésta, considerada por algunos como la ‘*summa divisio*’ del derecho de obligaciones, no es más bien una ‘*diabólica divisio*’, dado que la clasificación —en su opinión, entre sus varios yerros—, pretende (vanamente) aprehender la variopinta realidad de las situaciones jurídicas y adicionalmente señala entre las críticas realizadas por la doctrina a esta *divisio* ‘que el contrato normalmente no crea una obligación —como pareciera sugerir la clasificación— sino una pluralidad de ellas’. Ahora bien, a juicio de la autora no obstante los límites y matices de la clasificación, no puede restársele utilidad a la misma y ‘por lo pronto’, y a pesar de las críticas,

tal división sea ampliamente difundida y su uso común⁴², dada su aparente practicidad nemotécnica⁴³, esta no refleja verdaderamente la realidad, ya que muchas obligaciones no son irreducibles a esta distinción⁴⁴ y además resulta de dudosa aplicación a las obligaciones extracontractuales⁴⁵.

le augura larga vida a la clasificación, con la advertencia de que no se puede pretender de ella ‘más de cuanto puede dar cualquier clasificación’”.

- 42 Como señala Hinestrosa “se la continua empleando insistentemente, aunque cada día con menores entusiasmos y rigidez”. Hinestrosa, F. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, I (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 238.
- 43 Le Torneau, P. *Droit de la responsabilité et des contrats* (París: Dalloz, 2006-2007), 3229: “Buena parte del éxito de la distinción, que constituye sin duda una pieza del Derecho positivo, se debe a su aparente claridad, a su carácter de evidencia banal (de buen sentido). Al espíritu le gustan estas oposiciones balanceadas que parecen ser evidentes (pero que son demasiado bellas para ser verdad). Amiga de la memoria, ella queda grabada en la mente de todo jurista; y el abogado, desprovisto de argumentos, no dejará de invocarla”, como se lee en la ponencia de Koteich, M. *Obligaciones de medios y de resultado*. Ponencia en las *Jornadas H. Capitant* de septiembre del 2013 llevadas a cabo en Bogotá en la Universidad Externado de Colombia (texto en publicación).
- 44 Ghozy, A. *Obligación de medios y obligación de resultado Una summa divisio discutida*, en ponencia realizada en las *Jornadas H. Capitant* de septiembre del 2013 (texto en publicación).
- 45 Como señala Ghozy (Ghozy, A., *Obligación de medios y obligación de resultado Una summa divisio discutida*, en ponencia realizada en las *Jornadas H. Capitant* de septiembre del 2013 (texto en publicación)), hay discusión con respecto a la aplicación de la distinción a las obligaciones extracontractuales. Sobre el tema, véase, cfr. Viney, G. y Jourdain, P. *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité* (París: L.g.d.j, 1998), 457. Mazeaud, H. *par F. Chabas, Leçons de droit Civil*, II (París: Montchrestien, 1991), 21. Ghozy, A. *Obligación de medios y obligación de resultado Una summa divisio discutida*, en ponencia realizada en las *Jornadas H. Capitant* de septiembre del 2013 (texto en publicación). En la improcedencia de su aplicación a las relaciones extracontractuales coincide Koteich, M. *Obligaciones de medios y de resultado*. Ponencia en las *Jornadas H. Capitant* de septiembre del 2013 llevadas a cabo en Bogotá en la Universidad Externado de Colombia (texto en publicación).

2.4 La clasificación de obligaciones “de medio” y “de resultado” se ha revelado oscura e insuficiente hasta el punto de que ha sido necesaria la inclusión de nuevos subcriterios que terminan por desdibujar su pretendida solidez

Los razonamientos precedentes han conducido a que la doctrina acuñe una serie de variantes de las obligaciones “de medios” y “de resultado” que terminan por desnaturalizar tal distinción⁴⁶, las cuales se distinguirían no solo por la intensidad del compromiso adquirido, sino también por la carga y el objeto de la prueba de la inejecución; estas variantes van desde las obligaciones “de resultado” propiamente dichas hasta las obligaciones estrictamente “de medios”, pasando por las “obligaciones de garantía”, las obligaciones de “resultado atenuadas” o también denominada “de medios reforzada”⁴⁷.

46 Bénabent, A. *Les obligations* (París: Montchrestien, 2010), 410. En particular, cfr. Le Tourneau, P. *Droit de la responsabilité et des contrats* (París: Dalloz, 2012-2013), 32-38; Terré, F., Lequette, Y. y Simler, P. *Les obligations* (París: Dalloz, 2009), 580. Ver también Esmein, P. *Remarques sur de nouvelles classifications des obligations*, en *Études de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*, 235 y ss.

47 Ghozy, A. *Obligación de medios y obligación de resultado Una summa divisio discutida*, en ponencia realizada en las *Jornadas H. Capitant* de septiembre del 2013 (texto en publicación) en la que señala: “En definitiva, estas críticas arruinan la distinción, o por lo menos la afirmación de que esa distinción pueda constituir una *summa divisio* del derecho civil francés. Los argumentos que esgrimen conducen a pensar que habría no dos, sino cuatro, e incluso cinco tipos de obligaciones, las cuales se distinguirían no solamente por la intensidad del compromiso suscrito sino también por la carga y el objeto de la prueba de la inejecución.

- **Obligación de resultado:** aquella por la cual el deudor se compromete a ejecutar una prestación precisa, objetivamente determinada, cuya sola inejecución ya lo constituye en culpa, culpa de la cual sólo puede exonerarse probando la fuerza mayor.

- **Obligación de garantía:** aquella de la cual no es posible exonerarse, ni siquiera probando la fuerza mayor [...].

- **Obligación de medios:** aquella por la cual el deudor se obliga a hacer cuanto esté a su alcance para cumplir frente al acreedor, bien porque la prestación no

Esto muestra la imposibilidad de contar con “un criterio único, coherente y universal”⁴⁸ que permita distinguir claramente entre las obligaciones “de medios” y “de resultado”, y si bien se han realizado ingentes esfuerzos por crear multiplicidad de criterios tanto objetivos, basados en el contenido de la obligación, como, por ejemplo, la existencia de un *alea*, ligada en general a las obligaciones “de medios”; como subjetivos referidos a las calidades y condiciones del deudor, estos finalmente se revelan con “desazón” inaplicables a todos los casos⁴⁹.

En efecto, vale la pena resaltar que estos criterios resultan inaplicables para definir *per se* un tipo de obligación, por ejemplo, no podría afirmarse que toda obligación, cuyo objeto sea la cobertura de un riesgo, ha de ser de medio,

pueda, por su esencia misma, desembocar necesariamente en un resultado exitoso, bien teniendo en cuenta el papel activo o pasivo del cocontratante [...].

– **Obligación de resultado atenuada**, también denominada ‘**de medios reforzada**’ por algunos autores: aquella que suscribe el depositario quien, debido a la aptitud para la prueba que le confiere la tenencia de la cosa que le ha sido confiada —sólo él, por ese motivo, puede saber por qué el objeto está degradado o destruido— deberá asumir la carga de su liberación, no acreditando fuerza mayor sino un comportamiento irreprochable, es decir acreditando la ausencia de culpa [...].

– **Obligación de medios reforzada**, si se la quiere distinguir de la obligación de resultado atenuada, sería aquella por la cual las condiciones en las cuales se realiza la ejecución son tales que imponen al deudor una mayor diligencia; de modo que, si bien estaba comprometido a emplear diligencia, se presumiría culpable de no haber ejecutado correctamente, y sólo podría exonerarse de responsabilidad acreditando la ausencia de culpa: su comportamiento habría sido conveniente teniendo en cuenta las circunstancias que impidieron la ejecución. Esta podría ser la responsabilidad del mandatario profesional, por ejemplo, y la de los profesionales en general” (negrilla fuera de texto).

48 Milagros Koteich. Milagros Koteich. *Obligaciones de medios y de resultado*. Ponencia en las *Jornadas H. Capitant* de septiembre del 2013, llevadas a cabo en Bogotá en la Universidad Externado de Colombia (texto en publicación).

49 Cfr. Milagros Koteich. *Obligaciones de medios y de resultado*. Ponencia en las *Jornadas H. Capitant* de septiembre del 2013, llevadas a cabo en Bogotá en la Universidad Externado de Colombia (texto en publicación).

como propone el precitado criterio, pues justamente este tipo de obligaciones, cuya esencia está en el riesgo, constituyen las predilectas para ser asumidas, en algunos casos, como obligaciones de garantía (seguros, operaciones financieras de cobertura, de la existencia del crédito trasferido, entre otras) y, por ende, “de resultado”. Mientras que en otros, como aquellas que involucran riesgos del desarrollo, el criterio puede resultar sorprendentemente ambivalente dependiendo de a quien se atribuya dicho riesgo (a los consumidores beneficiados con los adelantos tecnológicos o al productor o desarrollador que se lucra con la operación riesgosa en contra de la abstención que impone la prudencia o precaución).

En consecuencia, las perplejidades de esta clasificación en obligaciones “de medios” y “de resultado” evidencian no solo la insuficiencia de la distinción, pues los juristas franceses han debido hacerle lugar a las obligaciones de garantía, inexistentes en la lógica reductiva de obligaciones “de medios” o “de resultados”, sino su carácter artificioso, que ha conducido a una extrema relativización de esta, pues la citada distinción se centra en dos aspectos, que de consecuencias se han convertido en causas, alrededor de las cuales se pretende configurar la responsabilidad: la carga de la prueba y la causal de exoneración, descuidando un elemento trascendental para un jurista romanista, esto es, que antes de centrarse en la prueba del incumplimiento resulta necesario atender *a priori* la extensión del *oportere*, aquello a lo que el deudor se encuentra obligado.

Lo que nos compele a considerar como contenido del cumplimiento al cual se encuentra sujeto en virtud de la obligación, es decir, factores como la atribución de los riesgos, la tipicidad del negocio, los particulares acuerdos de las partes o las circunstancias sociales en que se desarrolla la conducta generadora de obligaciones, entre otros.

3. LA TRADICIÓN ROMANISTA EN LO QUE ATAÑE AL CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN ES MÁS RICA EN MATICES

En materia de los comportamientos debidos por el deudor, los juristas romanos incorporan no solo prestaciones “de medios” y “de resultado”, pero de manera más compleja, sino que además introduce un tipo de prestación completamente desligado del comportamiento del deudor, sumamente útil en la correlación con el problema del cumplimiento y en el desarrollo del concepto de obligación contemporánea, en el que cobran gran valencia las garantías objetivas de resultado.

3.1. La lógica reductiva de clasificación de las obligaciones en el binomio “medios y resultado” conduce a una desnaturalización de la complejidad de la relación obligatoria que exige ser valorada contemporáneamente desde la perspectiva del débito y de la responsabilidad, sin que sea viable, como lo hace la aludida clasificación, representarse la relación obligatoria solo como responsabilidad o solo como débito

A la luz de las enseñanzas romanas, el aplanamiento de las categorías que componen el objeto de la obligación al dividirlas en medios y resultado comporta un grave desconocimiento tanto de la estructura de la obligación como de la responsabilidad por incumplimiento de esta, como expresamente lo señala Pastori:

Mientras el derecho romano clásico considera la responsabilidad contractual a través de criterios valorativos particulares y concretos derivados de la tipicidad de la estructura formular en relación con las varias figuras del contrato, el derecho justinianeo y el moderno refieren la responsabilidad al contrato,

entendido como categoría general, utilizando los cánones racionales del dolo y de la culpa: pero más allá de su diverso modo de operar por la presencia de diversos condicionamientos históricos, la responsabilidad contractual representa siempre un criterio valorativo del incumplimiento, en previsión de la aplicación de la sanción.

La tradición jurídica induce a entender la interdependencia del débito y de la responsabilidad como aspectos que cualifican la relación obligatoria referidos a dos diversas fases de su trasgar jurídico: la *obligatio*, como testimonia la *intentio* del *actio in personam*, se configura como *dare, facere, praestare oportere* y la responsabilidad se refiere a las medidas previstas por el incumplimiento fundadas en la acción procesal. **Representarse la relación obligatoria solamente como responsabilidad o solamente como débito, en el plano de la dogmática, significa ignorar la exigencia conceptual de separar los aspectos primarios de aquél secundario o sancionatorio de la relación, lo cual en la perspectiva conlleva una evidente arbitrariedad en la lectura de las fuentes.**

La teoría que distingue las obligaciones de medios de las obligaciones de resultado asumiendo la diligencia como objeto del débito, ciertamente desatiende tal exigencia y ni siquiera resulta útil para una reconstrucción histórica de la responsabilidad en derecho romano. Por demás la misma teoría repropone inconscientemente, problemáticas ya largamente debatidas y objeto de crítica, al presente solo interesantes para la historia del pensamiento jurídico moderno, pero carentes de actualidad.⁵⁰ (Negrilla fuera de texto)

Lo anterior aunado al hecho de la complejidad de las prestaciones, que por lo general no podrán encuadrarse en uno solo de estos aspectos: medios o resultado, impide proponer una rígida clasificación de las obligaciones, pues

50 Pastori, F. *Sulle obbligazioni di mezzi e di risultato*, en *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino* (Napoli: Jovene), 2547.

la comprensión del contenido de la prestación, antes que posturas absolutas, reclama la riqueza de los matices, en las que sea justamente la naturaleza de la prestación la que guíe al intérprete en torno no solo a la exoneración de responsabilidad, sino en la carga de la prueba, de manera que subsista la posibilidad de proponer que no necesariamente una obligación de resultado se acompañe con la carga de la prueba para el deudor o que una prestación en la que prevalezca la exigencia de diligencia vaya acompañada necesariamente de la carga de la prueba para el acreedor. Como podría desprenderse de las corrientes que proponen la denominada carga dinámica de la prueba.

Ahora bien, no todas las obligaciones de hacer son “de medios”, como ejemplo paradigmático la del transportador de pasajeros, en la que el criterio del riesgo y el de la naturaleza particular de los derechos tutelados (vida y salud) permiten considerarla como obligación de resultado. Vale decir, no podría indicarse que los criterios de la naturaleza de las prestaciones: dar, hacer y no hacer, acuñados por los juristas romanos, se han de someter a la reductiva clasificación de medios y de resultados, sino que, por el contrario, más bien estas, las romanas contienen las prestaciones en las que predomina la exigencia de diligencia y aquellas en las que se hace exigible un resultado, a la vez que permite por su mayor flexibilidad, contener otro tipo de prestaciones, no consistentes propiamente en una conducta del ámbito de control del deudor, sino en una garantía o seguridad ante un evento en el que este no interviene o que no puede modificar.

Por otra parte, estos pretendidos regímenes severos de obligaciones de resultado que no admiten siquiera la prueba de la causa extraña, como, por ejemplo, la obligación de dar cosa de género, encuentran resquebrajamiento en la introducción de otros criterios como la equidad o la solidaridad que exige la buena fe, introducidos por ejemplo en el BGB a título de imposibilidad subjetiva respecto de las obligaciones

intuitu personae y reconocidos con mayor extensión incluso por la jurisprudencia colombiana respecto de circunstancias subjetivas tradicionalmente tratadas como *difficultas* que habrían de ser soportadas por el deudor, pero que ante la aplicación de tales principios harían, por el contrario, inexigible la prestación, favoreciendo así la condición del deudor que se encuentra en estado de extrema debilidad⁵¹.

3.2. La tradición romanista ha forjado unas categorías en materia del contenido de la prestación que son más ricas en matices, sobre los comportamientos debidos por el deudor, en cuanto incorpora lo que la doctrina contemporánea denomina “prestaciones de medios y de resultado”, pero de manera más compleja

La clasificación de las obligaciones en razón de la naturaleza de la prestación en *dare, facere, non facere, praestare* “es de la mayor antigüedad y la más usada, fuera de ser la acogida por los distintos ordenamientos”⁵², además de que permite encuadrar con mayor riqueza de matices la diversidad de

51 Véase Corte Constitucional, Sentencia del 26 de junio del 2003, radicación T-520. Corte Constitucional. En la misma línea: Sentencias: T-015 de 1995, T-419 del 2004, T-212 del 2005, T-358 del 2008, T-312 del 2010 y T-246 del 2014. Esta solución fue retomada, entre otras medidas, en la Ley 986 del 2005 “Por medio de la cual se adoptan medidas de protección a las víctimas del secuestro y sus familias, y se dictan otras disposiciones”. En otro caso, la Corte Constitucional colombiana, en Sentencia T-170/05, afirmó que las entidades financieras están obligadas por el principio de buena fe y de solidaridad al darle a un enfermo de sida un tratamiento especial, so pena de discriminarlo y de violar su derecho a la igualdad. Se trataba de un asunto en el que resaltaban las condiciones de fragilidad de los actores, unos esposos contagiados ambos con una enfermedad ruinosa y actualmente incurable, agravada por el desempleo y el deber de cuidar de sus cuatro niños.

52 Hinestroza, F. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, I (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 119.

comportamientos debidos por el deudor en las distintas prestaciones.

3.2.1. Las prestaciones de dare

Señala Grosso, en cuanto se refiere al contenido del *dare*, que esta prestación en sentido técnico comporta, además de la transferencia de la propiedad o la constitución de un derecho de manera plena e irrevocable⁵³, el otorgamiento de la posesión o de un subrogado de esta (por ejemplo, para el caso de las servidumbres, en el que se habla del otorgamiento de una *cuasi possessio* en el sentido de tolerar o poner a disposición), de manera que no basta el cumplimiento del acto idóneo para la transferencia de la propiedad (*mancipatio*, *in iure cesio*, *traditio*), pues el deudor está obligado *de effectu* y no se libera en el caso de que la propiedad no sea adquirida⁵⁴, razón por la cual, si bien el *dare* contiene prestaciones de *facere*, para los romanos era “nítida la individualización del *dare* al que se contrapone el *facere*”⁵⁵.

Así las cosas, esta manera de expresar el contenido de la prestación de *dare*, en términos de *effectu*, que impide la liberación en los eventos en que no se produzca la efectiva y plena transferencia de la propiedad o la constitución del derecho, nos permite afirmar que esta prestación se valora

53 Como se desprende de Gayo Inst. 4.4; D. 50.17.167 pr.; D. 45.1.75.10; de manera que no se entenderá cumplida la prestación de *dare* si un tercero tiene derecho de usufructo sobre la cosa D. 46.3.38.3 y D. 31.66.6; si la cosa fue legada a otro *per vindicationem sub conditione*: D. 46.3.98 pr. Y D. 41.1.83.6; si el siervo es *statuliber*: D. 46.3.38.3, D. 46.3.98 pr. y D. 12.6.63 o se le debía la libertad por fideicomiso: D. 46.3.72.5; o se encuentra *nondum noxa solutus*: D. 30.45.1, D. 46.3.72.5.

54 D. 32.29.3; D. 21.2.58; D. 17.1.1; D. 3071.1.

55 Grosso, G. *Las obligaciones contenido y requisitos de la prestación* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1981), 35-43.

por su resultado⁵⁶, cuya exigencia resulta más apremiante tratándose de obligaciones de género, pero así mismo exigible respecto de las obligaciones de dar un cuerpo cierto⁵⁷, con las limitaciones propias de la imposibilidad no imputable al deudor que tornarían inexigible la prestación, a diferencia de los eventos de *difficultas* (imposibilidad subjetiva) que en principio⁵⁸ han de ser soportados por el deudor⁵⁹. Y si como en el derecho contemporáneo se extendiera la categoría *dare* a la entrega propia de los negocios de restitución o a aquellos no traslaticios de dominio, del contenido de esta, resulta igualmente que el deudor está obligado de *effectu*,

56 En este sentido, cfr. Cannata, C. *Il problema della responsabilità in diritto romano* (Catania: Libreria Editrice Torre, 1993), 15. Quien sostiene que la prestación de *dare* es de resultado, como quiera que la estipulación de *dare* cosas determinadas por el género o por la especie no se cumple si se dan cosas diversas a las prometidas o siendo las pactadas no son jurídicamente integras, como cuando el acreedor no adquiere la propiedad, o la adquiere limitada en razón del derecho real de un tercero, o adquiriéndola plena puede llegar a perderla por una causa existente al momento de la adquisición. De manera que una tal prestación no libera al deudor ni da lugar a responsabilidad y en el caso de defectos jurídico el incumplimiento permanece hasta que el defecto no desaparezca. En apoyo de lo afirmado cita los siguientes pasajes: D. 46.3.98; D. 46.3.38.3; D. 46.3.60; D. 46.3.69. Así mismo, Hinestrosa, F. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, I (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 129. Donde el autor señala que “La obligación de dar se refiere al derecho sobre la cosa, en tanto que la obligación de entregar se refiere a la cosa misma. En ambos casos el deudor está obligado de *effectu* y, por lo tanto, debe el resultado: allá la transferencia o la constitución del derecho real, más la posesión; acá, la entrega del bien, y en ambos casos ha de comportarse de modo de asegurar su obtención”.

57 Como lo dispone el artículo 915 del Código de Comercio: “cuando el vendedor se obliga a entregar la cosa al comprador en un lugar determinado, el contrato estará sujeto a la condición suspensiva de que ella sea entregada completa, sana y salva al comprador”.

58 Habida consideración de la salvedad de los casos en los que la *difficultas* asume carácter relevante para considerarla una circunstancia que justifique la inexigibilidad.

59 Grosso, G. *Las obligaciones contenido y requisitos de la prestación* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1981), 44.

en este caso, en relación con la entrega del bien por lo que debe asegurar su obtención⁶⁰.

En todo caso, debemos resaltar la complejidad de la prestación de *dare*, que comprende no solo la plena e irrevocable transferencia o constitución del derecho real, sino la entrega de la posesión o de la *quasi possessio* y, en términos de *facere*⁶¹, la conservación de la cosa previa a la entrega al acreedor o, en caso de derechos reales, la preservación en términos que permita el ejercicio del derecho conferido.

3.2.2 Las prestaciones de *facere*

En cuanto al significado del *facere* agrega Grosso que resulta comprensivo de todos los demás comportamientos positivos o negativos que no quedan comprendidos en el *dare*, que como se expresó se encuentra caracterizado por el resultado jurídico de la transferencia o constitución del derecho, es decir, comprende los más variados comportamientos de hacer y de no hacer que puedan configurar una prestación, *v. gr.* entregar una cosa, otorgar una mera posesión, devolver, pagar, edificar, no impedir que se transite por un fundo respecto del que se ha constituido una servidumbre, entre otros⁶².

60 Hinestrosa, F. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, I (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 129.

61 Sobre el tema, cfr. Hinestrosa, F. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, I (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 134. “El deudor de cuerpo cierto debe conservar la cosa, cuidarla como le sea debido. Ello quiere decir, ciertamente, un deber de diligencia, como conviene a una obligación de medios: emplear aquellos que correspondan a los caracteres de la relación (ante todo, al *commodum obligationis*). En tanto que la de entregar es una obligación de *effectu*”.

62 Grosso, G. *Las obligaciones contenido y requisitos de la prestación* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1981), 54-55. El autor cita como testimonio de sus afirmaciones los siguientes pasajes: D. 45.1.2.5; D. 45.1.75.7; D. 50.16.218.

En fin, las obligaciones de hacer son aquellas cuyo objeto consiste en una actividad del deudor, sea esta material o intelectual, las que, a su vez, bien pueden consistir en la labor misma o comprender específicamente el resultado de esta (*opera, opus*)⁶³, por lo que aquí tampoco aplica una identificación plena con la categoría de “medios y de resultado”, de la que venimos tratando⁶⁴.

Cabe resaltar, la gran importancia que ha cobrado esta clase de prestación en el derecho contemporáneo y, por ende, el impacto que comporta la determinación de su contenido a efectos de establecer el cumplimiento de esta categoría de obligaciones, sea que consistan en una cooperación calificada, en el carácter aparentemente complementario de otras prestaciones respecto de las cuales la información y la asesoría se tornan verdaderamente sustanciales, como todas aquellas ligadas al consumidor, sea que traten de prestaciones ligadas a una obligación de entregar o de dar como la de conservación de la cosa debida, o realizadas por un profesional o un neófito, personalísimas o genéricas, aquellas que afectan enteros mercados o aquellas realizadas en un campo ya extramente probado o, por el contrario, sujetas a los riesgos del desarrollo⁶⁵.

Prestaciones estas, “de hacer”, que dada su complejidad habrán de ser valoradas en relación con la naturaleza de la actividad desarrollada, dentro del específico ámbito en el que se realizan (un determinado mercado o relaciones interpersonales, relaciones de consumo o entre empresas), por las condiciones de las partes sujetas a su cumplimiento

63 Hinestrosa, F. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, I (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 212.

64 Los juristas romanos entendían que ciertas obligaciones de hacer deberían ser valoradas por el resultado, véase D. 50.16.5.1 y D. 42.1.11.

65 Hinestrosa, F. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, I (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 212 y ss.

(actividad profesional o no) y, claro con sujeción al tipo contractual, todo lo cual no puede reducirse a la dicotomía medio-resultado.

Una particular aplicación de las obligaciones de hacer, así como de la flexibilidad de la extensión de la categoría, puede observarse en relación con la custodia en el derecho romano. El criterio de imputación basado en la custodia poseía dos significados profundamente diversos, inicialmente justificada como un hecho de *diligentia in custodiendo*⁶⁶, por ende, un criterio subjetivo de responsabilidad⁶⁷, en tanto que algunas veces asume un carácter de responsabilidad objetiva que, no obstante, no es absoluta, pues se extiende a una responsabilidad por *casus minor*, a la vez que de esta se encuentra excluida la *custodiam praestare* del *casus maior*⁶⁸.

Ciertamente los juristas se preguntaban si también el daño producido por un tercero debe incluirse en la lista de eventos por los cuales se debe responder por custodia. Si bien según Gayo en D.19.2.40 *praestare custodiam* significa tener que soportar el riesgo de la custodia⁶⁹, la responsabilidad por custodia no es absoluta, ya que incluye tradicionalmente el hurto y la fuga de los esclavos que deben ser custodiados (*casus minor*), pero excluye la rapiña (*casus maior*). Adicio-

66 En este sentido, se responde de los eventos evitables por la custodia: D.13.6.19 Juliano; Digesto, libro I. Está lejos de duda, que a los que se encargan de guardar alguna cosa, o la reciben para usarla, no les incumbe el daño con injuria causado por otro; porque ¿con qué cuidado o diligencia podemos conseguir, que alguno no nos cause daño con injuria? Véase además D. 19.2.41.

67 Una de las acepciones de la custodia es la de responsabilidad sin culpa, en cuanto no se basa sobre la conducta del deudor, lo que hoy llamaríamos responsabilidad objetiva, como se desprende del texto de Gayo 3.205; D. 44.7.1.4; D.13.6.18. pr.), con el solo límite de la *vis maior*, como sostiene Carlo Augusto Cannata. Il problema della responsabilità in diritto romano. IURA XLIII 1, pp. 53-54.

68 Cardilli, R., *L'obbligazione di prestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (Milano: Giuffrè, 1995), 27.

69 Cannata, C.A. *Il problema della responsabilità in diritto romano* (Catania: Libreria Editrice Torre, 1993), 55.

nalmente, cuando el término *praestare* es utilizado respecto de la custodia como prestación de garantía podría incluso extenderse hasta una asunción de los riesgos ligados al *casus* en toda su extensión.

En época posclásica se produce una reformulación de la lógica del *custodiam praestare*, en cuanto “de evocar la condición de garante por la pérdida de la cosa, aún en ausencia de culpa, pasa a ser el contenido del *praestare* de un *diligentissimus pater familias* propio de un nuevo modelo de diligencia en el que el *pater familias* no respondía por el hurto, mientras que el *diligentissimus* sí”⁷⁰, en cuanto sujeto a una obligación de diligencia particularmente rigurosa que se refleja en una responsabilidad por culpa, conforme a un modelo de exactísima diligencia en la custodia de la cosa⁷¹.

En el derecho contemporáneo, la obligación de hacer que comporta la de custodia, se encuentra

por fuera del campo de la culpa, al reducir las posibilidades de exoneración de responsabilidad, no sólo excluyendo la relevancia del comportamiento diligente, sino inclusive yendo más lejos, al no bastarse con la prueba de cualquier elemento extraño, sino llegando al punto de excluir alguno o algunos de ellos: ‘responsabilidad agravada’, cual acontece en los casos del posadero y de ‘los administradores de fondas, cafés, billares, y otros establecimientos semejantes [...] y del transportador’.⁷²

70 Cardilli, R. *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (Milano: Giuffrè, 1995), 514.

71 Véase D. 44.7.1.4, al que remite Cannata, C. A. *Il problema della responsabilità in diritto romano* (Catania: Libreria Editrice Torre, 1993), 53-54.

72 Hinestroza, F. *Tratado de las obligaciones*. Concepto, estructura, vicisitudes, I (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 140, que al efecto cita las disposiciones normativas del ordenamiento colombiano (arts. 2267 y 2272 C. C.) (arts. 2073 C. C.). En los que la responsabilidad incluye no solamente los eventos de hurto o robos cometidos, no solo por los dependientes de los establecimientos, sino por aquellos cometidos por personas extrañas ajenas al alojado, así como los eventos de fuerza mayor o caso fortuito que pudieron ser evitados con mediana prudencia.

Por su parte la obligación de no hacer “se cumple o se incumple a secas: todo acto comisivo implica de suyo incumplimiento, solo que este puede ser único o reiterado”⁷³ y se asume diversas modalidades según se trate de una determinada obligación de abstención dentro de un múltiple y relevante abanico de posibilidades⁷⁴.

3.2.3. *Las prestaciones de praestare*

Como señalamos, el sentido técnico del *praestare* lo constituye el “garantizar”, el asegurar que se realizará directamente la actividad o se procurará el resultado acordado o bien que se asumirá la responsabilidad en el caso en que no sea hecho, o no tenga lugar alguna cosa que debe suceder, o suceda aquella que no debe suceder, de manera que la prestación no consiste en la realización de una actividad o en poner a disposición un resultado, sino *propiamente en garantizar al*

73 Hinestrosa, F. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, I (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 232.

74 Hinestrosa, F. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, I (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), señala ejemplos relevantes de la prestación de no hacer en el derecho contemporáneo: “dichas obligaciones han adquirido importancia e interés grandes en todo sentido y cobrado valor económico enorme. Valga citar los casos de la obligación de no enajenar a extraños la cuota o el interés en una sociedad de personas, la de no abrir un establecimiento comercial en determinado sector, en aras de la tranquilidad de los residentes en él o de la conservación de la clientela de uno vecino; la de no sembrar, en razón del mantenimiento de los niveles de producción en un mercado común; la de no revelar patentes, *know how* o la situación o las actitudes de una empresa en determinados aspectos (deber de confidencialidad); la de no imprimir más de cierto número de ejemplares de una obra o de no reproducir una creación artística o un diseño; la de no utilizar un nombre, una marca o una patente; y, en términos más populares: la obligación de exclusividad a cargo de un jugador de fútbol o de un presentador de programas de televisión o de radio, o de una modelo; o la de la exclusividad a cargo de un investigador científico, un agente comercial o un empresario”.

*acreedor con la propia responsabilidad que sucederá todo aquello que resulte necesario para lograr la satisfacción del acreedor*⁷⁵.

Este tipo de obligación ha trascendido al derecho contemporáneo, bajo la denominación de “obligación de garantía”, de seguridad o de indemnidad, con expresa referencia a la categoría romana de *praestare*⁷⁶, la doctrina las considera como aquellas en que “el deudor no asume simplemente un resultado determinado, sino que garantiza su obtención, por disposición legal o negocial, de manera que responde por la ausencia de dicho resultado, aun la derivada de un caso de fuerza mayor o fortuito. O, sin más, asume determinados riesgos”⁷⁷.

Dentro de estas obligaciones la doctrina destaca aquellas específicas de “seguridad” en las que

el interés del acreedor y su satisfacción no consisten en una utilidad específica y tangible: resultado, garantía o medios, dar-entregar, hacer o no hacer sino en un deber de seguridad: la tranquilidad delante de ciertos riesgos, por el hecho de estar cubiertas en todo o parte sus consecuencias nocivas. Esta prestación hace recordar una de las acepciones del *praestare* del

75 Cannata, C. A. *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano* (Catania: Libreria Editrice Torre, 1996), 130.

76 Rescigno, P. *Voz: obbligazioni. Enciclopedia del Diritto* (Giuffrè), 190 sostiene: “La prestación de *praestare* se refiere en particular a la obligación de garantía o de indemnidad”. A su vez, Hinestrosa, F. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, I (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 262-263, hace la misma conexión entre las obligaciones de seguridad y las de *praestare* del derecho romano. Por su parte, Betti, E. *Teoria generale delle obbligazioni*, I (Milano: Giuffrè, 1953), 44, sostiene que en todo contrato que tenga como contenido explícito o implícito una garantía de riesgos (un *praestare* en el sentido originario de la acepción) estaremos en presencia de una obligación de garantía en la que se distinguen una fase potencial de una fase actual, las cuales se conectan con la verificación del evento temido.

77 Hinestrosa, F. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, I (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 260.

derecho romano: garantizar, infundir confianza, dar respaldo respecto de otra obligación condicional o eventual.⁷⁸

Se trata, como dice Betti, de obligaciones en las cuales la expectativa del acreedor está dirigida al logro de una utilidad que no se puede subsumir en un comportamiento valorado mediante un estándar de diligencia y ni siquiera en el resultado útil de un obrar, sino en las que por el contrario la utilidad se traduce en una garantía, en una seguridad de indemnidad⁷⁹.

Ahora bien, las aplicaciones que en la actualidad se da a este tipo de prestaciones son variadas: se tienen por obligaciones típicas de *praestare* las del asegurador y la del promitente del hecho o de la obligación de un tercero⁸⁰, las garantías que la ley considera ínsitas en ciertos tipos de contratos, como la garantía de la validez del contrato cedido, la garantía de existencia del crédito que se transfiere, la garantía de responsabilidad del adquirente de una empresa comercial respecto de las deudas que resulten de los libros contables y, en general, aquellas obligaciones que tienen por objeto una garantía de riesgos⁸¹, como aquellas propias de las operaciones de cobertura en el ámbito bursátil (opciones y futuros), la obligación del transportador “de conducir a los pasajero sanos y salvos a su destino”, la obligación de custodia y cuidado de las instituciones respecto de las personas internadas en establecimientos de salud, establecimientos carcelarios, educativos, particularmente de menores o personas diversamente hábiles entre otros.

78 Hinestrosa, F. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, I (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 262-263.

79 Betti, E. *Teoria generale delle obbligazioni*, I (Milano: Giuffrè, 1953), 41-42.

80 Rescigno, P. *Voz: obbligazioni*. *Enciclopedia del Diritto* (Giuffrè), 190.

81 Betti, E. *Teoria generale delle obbligazioni*, I (Milano: Giuffrè, 1953), 44.

En efecto, en las obligaciones propias del contrato de seguro la prestación correlativa al pago de las primas a favor de la aseguradora y en favor del tomador o del asegurado sería:

La utilidad consiste en una garantía, en una seguridad, que desde el momento de la celebración del contrato le da el asegurador al asegurado, en el sentido de que al verificarse el evento temido por este, el asegurador le pagará una indemnización o, en general, una compensación que lo mantenga indemne, al menos parcialmente del daño sufrido. Por ello, incluso antes de que el evento temido se verifique tiene lugar la atribución de una utilidad por parte del asegurador al asegurado, la cual proviene de la asunción del riesgo por parte del asegurador [...] la esencia de este contrato es precisamente la asunción de un riesgo que grava sobre la esfera jurídica del asegurado —de suerte que— la utilidad para el asegurado consiste cabalmente en quedar relevado de la ansiedad que le produce la incertidumbre acerca de su propio porvenir, en estar liberado de las preocupaciones que tal incertidumbre le genera.⁸²

Es justamente la naturaleza de “garantía” de la prestación propia del contrato de seguro que se concreta en una “seguridad”, en una tranquilidad en favor del asegurado, la cual no depende de la ocurrencia del riesgo amparado, que bien puede no tener lugar, por lo que la prestación exigible a la aseguradora es la de proveer dicha tranquilidad, prestación que surge con la celebración del contrato y no con la ocurrencia del siniestro, de manera que si la aseguradora no se encuentra durante toda la vigencia del contrato en condiciones de solvencia necesarias para dejar indemne del daño al asegurado, esta habrá incumplido la obligación sustancial del contrato, sin que pueda alegar en su favor que no tuvo lugar el siniestro asegurado, como quiera que

82 Betti, E. *Teoria generale delle obbligazioni*, I (Milano: Giuffrè, 1953), 40-42.

el incumplimiento existió en la medida en que el objeto del contrato, esto es, el otorgamiento de “tranquilidad”, no tuvo lugar.

Así mismo, constituye una prestación de *praestare* la estipulación por otro de promesa del hecho de un tercero, en la que una de las partes de un contrato promete a la otra que un tercero dará, entregará, hará o no hará alguna cosa. En estos casos,

nada importa si el promitente procede así en razón de acuerdo previo con el tercero, o toma el albur; lo básico es que le asegura al promisorio un resultado: una prestación determinada de un tercero, ajeno a la relación obligatoria. Lo que se promete, pues, no es interceder ante él, como tampoco realizar “buenos oficios”, sino aquella prestación [...]. Es deudor de la prestación del tercero, y no codeudor de este, por lo mismo que el tercero no asume obligación alguna [...]. Por las razones y con los fines que sean, el promitente se obliga, no a un hecho propio, sino a uno ajeno, sin que por ello el tercero resulte vinculado: él permanece por completo libre de ejecutar o no la prestación. Si lo hace, el promitente habrá satisfecho su compromiso; de lo contrario, no habrá cumplido (hecho objetivo) y habrá de pagar el subrogado pecuniario y la indemnización (por lo general una multa), a menos que demuestre que la prestación del tercero se hizo imposible por causa no imputable a él. Dicha obligación, que es de hacer, no es ejecutable *in natura*, por lo mismo que la prestación última corre de cuenta de un tercero que no está obligado a ejecutarla.⁸³

En cuanto a la extensión del *praestare* hemos de señalar que, como se expresó, la extensión de *praestare* en el derecho antiguo tuvo como límite el *casus* para algunos juristas (sabinianos), mientras que para otros el *praestare* podía

83 Hinestrosa, F. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, I (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 227 y ss.

comprender los fenómenos de caso fortuito y fuerza mayor (proculeyanos). Hoy en día parece no existir dificultad en admitir que en este tipo de prestaciones “el deudor garantiza el resultado, asume los riesgos—incluso aquellos—como la fuerza mayor y el caso fortuito”⁸⁴, sin embargo, en nuestro sentir la extensión del *praestare* al *casus* no puede tenerse por automática en todos los eventos, pues resulta necesario examinar el contexto específico de la relación, como lo hacían los juristas romanos, así habremos de atenernos a lo previsto expresamente en la ley, al tipo negocial, a lo acordado por las partes, a la naturaleza de la prestación, entre otros aspectos.

Ahora bien, ello puede asumir otro cariz en los casos de eventual superposición de la categoría *praestare* con aquellas obligaciones de dar y hacer que comporten un resultado, en estos casos, tal transposición se resolvería señalando que la obligación de *praestare* no se traduce en un mero comportamiento esperado del deudor, en cuanto constitutivo de su *oportere*, como sucede en las obligaciones de dar o hacer que conlleven un resultado, sino en una asunción de garantía, en cuanto la prestación comprende incluso el resultado esperado por el acreedor que está fuera de la órbita de alcance en la que puede influir un determinado comportamiento del deudor. En estos asuntos, el *praestare* solo adquiere autonomía si la garantía que comporta la prestación se extiende a los eventos de imposibilidad no

84 Velásquez Gómez, H. *Estudio sobre obligaciones* (Bogotá: Temis, 2010), 823. En el mismo sentido, Viney, G. *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 340, quien sostiene que en ejercicio de la libertad contractual las partes pueden definir el alcance e intensidad de la obligación al punto de pactar obligaciones sin ninguna posibilidad de exoneración, ni siquiera por la prueba de la fuerza mayor, como cuando se trata de una obligación de resultado o de garantía. Así mismo Hinestroza, F. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, I (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 260.

imputable o a los excepcionales eventos de inexigibilidad originada en una particular *difficultas* (imposibilidad subjetiva) y, en general, al *casus*, circunstancias en las que, en principio, de no haberse pactado un *praestare*, se habría producido la liberación del deudor obligado a una mera prestación *de* resultado.

Las reflexiones propuestas nos permiten observar la insuficiencia de la noción de “prestación” construida exclusivamente sobre el “comportamiento” del deudor (*dare, facere, non facere*), el reduccionismo a que nos ha conducido el uso indebido de la categoría “obligaciones de medios y de resultado” en la que se ha pretendido subsumir la totalidad de la tipología de prestaciones y las consecuencias que conllevan en el derecho contemporáneo la incompreensión e incluso la exclusión de la categoría *praestare* como forma de prestación autónoma que responde a complejas exigencias de las relaciones obligacionales de nuestros días, en las que los mercados o la flexibilidad de los tipos negociales reclaman la posibilidad de pactar prestaciones de garantía o de seguridad desligadas del comportamiento del deudor, enriqueciendo así el abanico de posibilidades en las que la obligación pueda expresar su contenido en miras a la satisfacción de los intereses de las partes.

Estas inquietudes sobre la valencia de la categoría *praestare* en el derecho contemporáneo han surgido en el contexto del proceso de armonización del derecho latinoamericano de obligaciones que se ha venido adelantando a la luz de las enseñanzas de la tradición jurídica que nos acomuna: el derecho romano.

A este respecto cabe señalar que el Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (GADAL)⁸⁵, del

85 Sobre la formación, actividades y resultados del grupo para la armonización del derecho en América Latina véase [www.gadal@uexternado.edu.co].

que forman parte un nutrido grupo de juristas latinoamericanos, ha retomado el trabajo de armonización del derecho latinoamericano de obligaciones, originado en la iniciativa del profesor Sandro Schipani, a fin de elaborar un código de principios, que concilie las discordancias y se fortalezca en las semejanzas del derecho latinoamericano alrededor de los consensos de la común herencia del derecho romano, en cuanto vigente en el sistema jurídico del cual hacemos parte y propicia para resolver los desafíos de las relaciones obligacionales del presente. El mencionado proyecto ha acogido la categoría *praestare*.

Por consiguiente, el código Marco de Obligaciones para América Latina ha considerado la categoría *praestare* y en el proyecto se augura la inclusión de una nota complementaria que podría, en términos generales, ser del siguiente tenor:

[...] *un articulado para las prestaciones que fueron denominadas ‘de garantía’, que vienen a sumarse a las prestaciones de dar y de hacer y no hacer, retomando la tripartición romana de la prestación. A ellas se hace mención tanto en la primera sección, dedicada a la prestación en general, como una sección propia, la sección cuarta, en seguida de las obligaciones de hacer y no hacer. Creemos que este punto constituye un atractivo de este código modelo de obligaciones para América Latina, que por fin le da un lugar sistemático claro a este tipo de prestaciones, de lo que en cambio carece el resto de las codificaciones y proyectos de unificación.*⁸⁶

De esta manera, el mencionado proyecto de armonización reconoce la insuficiencia de la noción de “prestación” construida exclusivamente sobre el “comportamiento” del

86 Salgado, C. Documento de trabajo presentado al VIII.º Encuentro del Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (GADAL), celebrado en Bogotá los días 11, 12, 13 y 14 de diciembre del 2017, bajo el auspicio de la Universidad Externado de Colombia.

deudor (*dare, facere, non facere*), el reduccionismo a que nos ha conducido el uso indebido de la categoría “obligaciones de medios y de resultado” en la que se ha pretendido subsumir la totalidad de la tipología de prestaciones y las consecuencias que conllevan en el derecho contemporáneo la incomprensión e incluso la exclusión de la categoría *praestare* como forma de prestación autónoma que responde a complejas exigencias de las relaciones obligacionales de nuestros días, en las que los mercados o la flexibilidad de los tipos negociales reclaman la posibilidad de pactar prestaciones de garantía o de seguridad desligadas del comportamiento del deudor, enriqueciendo así el abanico de posibilidades en las que la obligación pueda expresar su contenido en miras a la satisfacción de los intereses de las partes.

En este devenir, retomar los hilos de la tradición romanista nos ilumina sobre lo proficuo de la categoría *praestare*, de la complejidad de su función en el mundo de los negocios de hoy en día y, a la vez, nos alerta sobre la necesidad de profundizar sobre su contenido, sobre sus límites, sobre los efectos en la interrelación con las demás categorías de prestación, sobre la utilidad de sus novedosas aplicaciones; todos estos aspectos de suma importancia, en los que auguramos que los juristas continúen a pensar, dada su trascendencia en la determinación del cumplimiento de la obligación y, por ende, en la extensión de la responsabilidad del deudor.

BIBLIOGRAFÍA

- BÉNABENT, A. *Les obligations*. París: Montchrestien, 2010.
- BETTI, E. *Teoria generale delle obbligazioni*, I. Milano: Giuffrè, 1953.
- CANNATA, C. A. *Il problema della responsabilità in diritto romano*. Catania: Libreria Editrice Torre, 1993.
- CANNATA, C. A. *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano, Materiali per un corso di diritto romano*. Catania: Libreria Editrice Torre Catania, 1996.
- CARDILLI, R. *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1995.
- DE FALCO, I. *Diligentiam praestare. Ricerche sull'emersione del inadempimento culposo delle obligationes*. Napoli: Jovene, 1991.
- DEMOGUE, R. *Traité des obligations*. París: Rousseau & Cie, 1928.
- ESMEIN, P. *Remarques sur de nouvelles classifications des obligations*. En *Études de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*.

GHOZY, A. *Obligación de medios y obligación de resultado. Una summa divisio discutida*. Ponencia realizada en las Jornadas H. Capitant en septiembre del 2013 (texto en publicación).

GROSSO, G. *Las obligaciones contenido y requisitos de la prestación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1981.

HINESTROSA, F. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

KOTEICH, M. *Obligaciones de medios y de resultado*. Ponencia en las Jornadas H. Capitant de septiembre del 2013. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (texto en publicación).

LE TOURNEAU, P. *Droit de la responsabilité et des contrats*. París: Dalloz, 2006-2007.

MAZEAUD, H. *par F. Chabas, Leçons de droit Civil*, II. París: Montchrestien, 1991.

MAZEAUD, H. *Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extracontractuelles, obligations déterminées et obligations générales de prudence et de diligence*. *RTD*, n.º 28 (1936).

PASTORI, F. *Voz: dare, facere, praestare. Diritto romano. Novissimo Digesto italiano*, 3. Torino: Utet, 1960.

PUGLIESE, G. *Istituzioni di diritto romano*. Padova: Piccin, 1986.

RESCIGNO, P. *Voz: obbligazioni. Enciclopedia del Diritto*. Giuffrè.

SALGADO, C. Documento de trabajo presentado al VIII. Encuentro del Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (GADAL), celebrado en Bogotá los días 11, 12, 13 y 14 de diciembre del 2017, bajo el auspicio de la Universidad Externado de Colombia.

TERRÉ, F., LEQUETTE, Y. y SIMLER, P. *Les obligations*. París: Dalloz, 2009.

TUNC, A. La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence. *JCP* (1945): 449.

VELÁSQUEZ GÓMEZ, H. *Estudio sobre obligaciones*. Bogotá: Temis, 2010.

VINEY, G. *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

VINEY G. y JOURDAIN, P. *Les conditions de la responsabilité*. París: L.g.d.j., 2013.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en noviembre de 2018

Se compuso en caracteres Palatino de 11 puntos
y se imprimió sobre Holmen Book Cream de 60 gramos
Bogotá (Colombia)

Post tenebras spero lucem